

A PARIDADE DE ARMAS COMO PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL

Diego Martinez Fervenza Cantoário*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Alicerces da igualdade na *Civil Law* e *Common Law*. 3. A concepção Européia de igualdade entre as revoluções liberais e a segunda guerra mundial. 3.1. A soberania do parlamento e a igualdade como limite à atividade do legislador na tradição francesa e alemã. 3.2 A definição da igualdade perante a lei no direito alemão da primeira metade do século XX. 4. Perspectivas da igualdade no Estado Democrático de Direito. 4.1 A igualdade perante a lei, na lei e nos efeitos da lei. 4.2 O controle das diferenças de tratamento. 4.3. A vedação da discriminação. 4.4 Litigantes habituais *versus* litigantes eventuais. 5. A paridade de armas como projeção da igualdade no processo civil. 5.1 Poderes instrutórios do juiz e paridade de armas. 5.2 O acesso à justiça como pressuposto. 5.3 Contraditório: elemento da paridade de armas e do processo justo. 5.4 Direito à prova 5.5 Limites a postura ativa do juiz. 5.6 Imparcialidade do juiz: óbice ao comportamento ativo? 6. Conclusão.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a paridade de armas entre os litigantes no processo civil. Para a consecução de tal empreitada se buscou situar historicamente os institutos de direito processual, identificar os óbices para a igualdade em juízo assim como propor soluções.

Palavras-chave: Igualdade; Paridade de Armas; Processo Civil.

ABSTRACT: This study aims to examine the parity of arms between the litigants in civil proceedings. For the achievement of such works is located historically sought the institutes of procedural law, identify óbices to equality in legal and propose solutions.

Key-Words: Equality; Parity de Arms; Civil Procedure.

1. Introdução

A igualdade tem ocupado posição central no processo civil moderno devido ao seu caráter multifacetário e integração com as demais garantias fundamentais do processo, o que ressalta sua imprescindibilidade na concretização de um processo humanitário e justo.

Não obstante o notável desenvolvimento humanitário do último quartel do século XX, a igualdade real em juízo permanece afastada do cotidiano forense. Os motivos não são facilmente identificados pelos juristas, e estes normalmente optam por soluções equivocadas e infelizes na abordagem e solução deste problema.

A análise da igualdade no processo civil, através da paridade de armas, impõe uma reconstrução histórica dos institutos jurídicos, buscando melhor compreender os problemas de nosso presente. Daí decorre a necessidade de em um primeiro momento localizar historicamente o problema da igualdade em juízo, para posteriormente, em uma segunda etapa, buscar identificar as barreiras inibidoras de sua plenitude e propor soluções para a sua superação.

Importante neste sentido é a determinação do conteúdo da paridade de armas no processo civil, identificando os mecanismos básicos para o seu desenvolvimento.

2. Alicerces da Igualdade na *Civil Law* e *Common Law*

Os alicerces da igualdade no sistema continental europeu, de tradição romanista, remontam às leis de Sparta, com *Lycurgo* (IX a.C.) e as de Atenas, com *Sólon* (VII a.C), tendo

* Bolsista PIBIC/CNPQ na UFRJ, sob a orientação do professor Leonardo Greco. Monitor de Processo Civil na mesma instituição.

esta última estabelecido a igualdade civil¹ e influenciado as formulações teóricas de Aristóteles, dos pitagóricos² e a primeira lei Romana, a Lei das XII Tábuas³.

Mesmo com a derrocada do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C, sua influência perdurou no âmbito jurídico. O Direito Romano continuou a ser aplicado às populações de origem romana, tendo ampliado sua importância após o renascimento do século XII que se estendeu a França, Alemanha, Espanha e Polônia⁴. Futuramente estes modelos seriam exportados para as colônias na América Latina.

Os sistemas da *common law*, inicialmente distantes dos direitos romanistas, seguiram caminho diferente. Em 1215, lançou-se, através da *clause 39* da *Magna Carta*, os fundamentos do *due process of law*. Estabelecia esse dispositivo que nenhum homem livre seria privado de sua liberdade ou bens sem um julgamento pela legislação vigente no local. Outros diplomas, também ingleses, como o *Statute of Edward III*, de 1354, também estabeleciam garantias aos cidadãos em face do poder do soberano⁵.

Nas Ordenações do Reino de Portugal a igualdade entre as partes em juízo era desfigurada por arbitrárias disposições processuais, presentes no livro terceiro, como a constante no título IX, que não permitia a propositura de ação por descendente em face de ascendente, e a do título LVI, que não permitia que Muçulmanos e Judeus fossem ouvidos como testemunhas em processos em que israelitas ou islâmicos fossem parte.

3. A concepção continental européia de igualdade entre as Revoluções liberais e a Segunda Guerra Mundial

No sistema Romano-Germânico da Europa Continental as revoluções liberais deram origem aos primeiros documentos da idade moderna com expressa referência à igualdade. A Revolução Francesa trouxe, em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que previa em seu art. 1º que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.⁶ A proclamação desta igualdade foi acompanhada da abolição dos privilégios, tais como os fiscais e os referentes e ao acesso as funções públicas.⁷ Todavia, a declaração mantinha mero caráter de proclamação de direitos, desprovida de eficácia jurídica.

Essa concepção de igualdade, como identidade de direitos e deveres perante a lei, não ficou restrita à França, propagando-se com as revoluções do final do século XVIII e início do XIX. Entre 1815 e 1820 quatro Estados da Confederação germânica editaram suas constituições, quais sejam, Nassau, Baviera, Wurtemberg e Hesse-Darmstadt, estabelecendo a igualdade dos cidadãos perante a lei.⁸ A Constituição alemã de 1849 estabeleceu, em seu artigo 135, que todos

¹ GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. Lisboa. p. 74; JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego*. 4. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes. 2003. p. 174, *ipsis litteris*, “Por outro lado, a pólis jônica trouxe com a sua idéia do direito o princípio organizador de uma nova estrutura social e ao mesmo tempo criou, com a abolição dos direitos de classe, a liberdade cívica que deu ao indivíduo o espaço necessário á sua plena realização pessoal”.

² ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*. 1. ed. Coimbra: Almedina. 1993. p.11, *in verbis*: “A igualdade como ideal surge já em sólon (c. 640- c. 560 A.C.) e ganha particular relevo na teoria dos pitagóricos. Os últimos pitagóricos entendiam a Justiça como um número par, isto é, composto por partes iguais, sendo o número de partes igual ao valor numérico de cada uma. Estará, acaso, nesta condição, a base da teoria da justiça particular aristotélica”.

³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.24.

VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito especialmente do direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p.39.

⁴ MOREIRA ALVES, J. C. *Op. Cit.* p. 128-130.

⁵ CLAYTON, Richard. TOMLINSON, Hugh. *Fair Trial Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 6.

⁶ BAJER DOS SANTOS, Paula. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 34.

⁷ JOUANJAN, O. *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemande*. Paris: Economica, 1992. p.38.

⁸ *Ibid.*, p.49-50.

os alemães são iguais perante a lei, sem poder ser considerada nenhuma diferença, o que foi seguido pela Constituição prussiana, de 1850, no artigo 4º.⁹

A lei possuía a característica da generalidade e abstração, sendo a igualdade vista como mero corolário da liberdade. A igualdade perante a lei – abstrata – impunha a toda lei uma forma lógica independente de seu conteúdo: a universalidade.¹⁰ Não havia, por este viés, possibilidade de estabelecer distinções entre pessoas, grupos ou situações diferentes havendo preocupação com a igualdade por um ponto de vista meramente formal.¹¹ Foi neste período que se deu a afirmação da igualdade perante a lei, estabelecendo o modelo liberal clássico.¹²

Este paradigma, na Alemanha e França, se inseriu no contexto de positivização do direito público, que estabeleceu o positivismo legalista, dando interpretação restritiva ao princípio da igualdade. Na França juristas como Maurice Hauriou defendiam a fundamentação da igualdade em bases objetivas, formais e restritivas o que seria corroborado por Raymond Carré de Malberg com a teoria da soberania do parlamento, com profundas implicações na jurisdição constitucional francesa, na medida em que não possibilitava o controle jurisdicional das leis.¹³

A igualdade, vista como uma garantia da liberdade, não permitia o estabelecimento de distinções de acordo com a situação concreta dos indivíduos ou coletividades. O estado liberal tinha preocupação com a defesa dos cidadãos contra as eventuais decisões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas constituía consequência natural da premissa de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não diferenciar ninguém, pois qualquer tratamento que estabelecesse diferenças era visto como violador desta perspectiva de igualdade.¹⁴ Prevalecia a máxima de “todos os homens não nascem iguais em força, em riqueza, em inteligência, em moradia, em espírito e em talento: mas as desigualdades desaparecem perante a lei”.¹⁵

A lei, a princípio, não considerava as particularidades, sendo a sociedade vista por um ângulo igualizador¹⁶, não se admitindo, a existência de tratamentos diferenciados, que eram vistos como privilégios.¹⁷ Não havia preocupação com o conteúdo da norma e isso permitiu o desenvolvimento de asséptico e indiferente sistema legal, através de leis que, sem tratar de modo adequado situações diferentes acabou por acentuar distâncias já existentes.¹⁸ A lei, de acordo com Olivier Jouanjan, não criava desigualdades artificiais, privilégios, mas ao permitir

⁹ JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1957. p.135.

¹⁰ JOUANJAN, O. Op. Cit. p. 71. PELLISSIER, Gilles. *Le principe d'égalité en droit public*. Paris: L.G.D.J. p. 28, *ipsis litteris*: “Pour la théorie libérale, l'égalité est pleinement satisfaite à travers la généralité de la norme. Le succès de la conception de l'égalité dans la généralité correspond au souhait libéral de neutralité de l'Etat. La loi ou le règlement étaient conformes au principe d'égalité lorsqu'ils s'abstenaient d'intervenir sur les situations individuelles, de modifier l'égalité supposée établie entre les citoyens. La généralité de la loi est la garantie du maintien des initiatives individuelles. L'égalité est une égalité des chances formulée à partir d'un postulat d'égalité juridique de tous les hommes, conséquence du rejet de l'égalité naturelle. “Les avantages par lesquels les citoyens diffèrent sont au-delà du droit”(Siéyès). Le caractère juridique de l'égalité coupe ce principe des faits: l'égalité juridique est affirmé lors de l'établissement du lien social, donc réalisée, et la loi doit seulement se garder de la rompre, c'est-à-dire s'abstenir de recréer des privilèges. Cette égalité négative tend à laisser la société se réguler elle-même. L'opinion libérale professe l'égalité dans la jouissance des droits à la liberté, à la propriété et à la sécurité. La notion de généralité est l'interprétation libérale de l'égalité, selon laquelle principe d'égalité impose aux pouvoirs publics de conserver –et non de créer- les conditions juridiques égales de la liberté d'initiative individuelle.”

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. 1. ed., 2005. p. 16.

¹² JOUANJAN, O. Op. Cit. p. 29.

¹³ *Ibid.* p.61-62-74.

¹⁴ MARINONI, L. G. Op. Cit. p. 16.

¹⁵ JOUANJAN, O. Op. Cit. p. 37.

¹⁶ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006. p. 16.

¹⁷ JACQUES, P. Op. Cit. p.142.

¹⁸ MORALLES, L. C. P. Op. Cit. p.18

que cada um livremente exercesse suas qualidades pessoais acabava por, indiretamente criar desigualdades legítimas, pois estas estavam inscritas no mundo fático.¹⁹

O significado da igualdade perante a lei era então explicitado da seguinte maneira:

Quando (a lei) diz a todos indistintamente: “se você é membro de uma sociedade, independentemente de origem, residência, crença, fortuna, aí está o direito para todos; no círculo do direito privado e o círculo do direito público, as mesmas possibilidades existem para todos, cada um pode mover-se de acordo com a força dos seus meios”, quando a lei fala assim, o princípio da igualdade civil é estabelecido.²⁰

Esse conceito individualista de igualdade baseava-se na existência de um espaço neutro, de meio jurídico perfeito, onde os indivíduos e os demais fatores assumem posição de inércia.²¹ Esse caráter era ressaltado pela impossibilidade do controle dos atos da autoridade legislativa pelo judiciário, permitindo a não observância do princípio liberal da igualdade perante a lei.

3.1 A soberania do parlamento e a igualdade como limite à atividade do legislador na tradição francesa e alemã

Na tradicional doutrina publicista francesa do final do século XIX a igualdade recebia uma interpretação restritiva, não sendo aplicada ao legislador. Dominava a idéia de que haveria uma separação ontológica entre a igualdade e as demais liberdades individuais, não constituindo aquela direito público subjetivo. Esta construção teórica esvaziava o conteúdo jurídico da igualdade, que ficava reduzida a uma mera proclamação política.²²

Ainda na França da Terceira República, Emile Batbie, defendia a possibilidade da legislação estabelecer regimes especiais para certas categorias da sociedade, ressaltando ainda a importância deste tratamento diferenciado ser justificado. Adhemar Esmein, no mesmo período histórico, atacava a concepção de generalidade da lei, atentando pioneiramente para a distinção entre lei em sentido formal e material, ressaltando a importância do seu conteúdo e buscando mitigar a tese da soberania do parlamento, defendida por juristas como Raymond Carré de Malberg.²³ Tratavam-se, todavia, de teses isoladas, sendo refutadas pela tradicional doutrina francesa.

Raymond Carré de Malberg, em sua clássica obra “*La loi, expression de la volonté générale*” afirmava que o parlamento estava em posição de prevalência sobre os demais poderes, não se submetendo a lei a qualquer limitação, por constituir expressão da vontade geral.²⁴

Esta concepção foi especialmente valorizada sob a égide da Constituição Francesa de 1875, que ampliou domínio material do poder legislativo, em detrimento do que seria reservado especialmente ao poder constituinte. Quanto ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, não podiam os tribunais rejeitar a aplicação de uma lei que contrariasse o texto da constituição em vigor. Para Malberg, a inserção dentro da Constituição de textos limitando o poder do legislador é inconciliável com a concepção que remete a vontade geral e a soberania popular das leis emanadas das assembleias legislativas. A Constituição de 1875, ao invés de tratar o parlamento como uma simples autoridade, presa nos limites da competência dada pelo povo na Constituição, identifica a vontade parlamentar com a vontade geral, sendo o parlamento

¹⁹ JOUANJAN, Op. Cit. p.61-63

²⁰ ROSSI, Pellegrino. *Cours de droit constitutionnel*. Oeuvres complètes, t.1, Paris.1866. p. 249. *Apud*, JOUANJAN, O. Op. Cit. p. 65.

²¹ JOUANJAN, O. Op. Cit. p. 65.

²² Ibid. p.77.

²³ JOUANJAN, Op. Cit. p.68-71

²⁴ MALBERG, Raymond Carré de. *La Loi, expression de la volonté générale*. Paris: Económica, 1984. p. 104.

identificado com a própria soberania popular de que é representante, não podendo o judiciário a ela se opor.²⁵

Malberg atenta para a dicotomia existente entre a concepção francesa e a americana no tocante à Constituição e às leis ordinárias. Nos Estados Unidos, a lei ordinária não é considerada obra do povo, mas criação do legislador, que é autoridade constituída que exerce sua competência em virtude da delegação feita pelo povo na Constituição, sendo sua função limitada por esta. Os poderes Constituinte e legislativo são por eles compreendidos como essencialmente diferentes, não podendo este último, em consequência da natureza de seu poder, legislar em desacordo com a Constituição, podendo seus atos serem controlados pelos juízes, que estão em posição de igualdade em relação ao legislador, desde que respeitada sua esfera de competência. A Constituição no direito norte americano delimita o poder do legislador.²⁶

Na França a concepção é distinta, pois desde a Revolução de 1789 se admitiu que o corpo legislativo é capaz de expressar a vontade geral, a vontade do povo, através das leis. O parlamento adquiriu na hierarquia dos órgãos estatais poder infinitamente superior ao do executivo e judiciário. Estes possuíam funções comedidas e o legislativo foi elevado ao status de representante da soberania do estado. A distância entre os órgãos legislativos e constituintes era reduzida, e na própria concepção revolucionária de 1789 não havia espaço para uma distinção positiva entre os poderes legislativos e constituinte. Os poderes do parlamento se alcançavam as questões fundamentais de organização dos poderes estatais. A oposição entre poder constituinte e poder legislativo era atenuada e até mesmo imperceptível, e o parlamento era tido como representante qualificado, habitual e permanente da vontade da nação. Daí a constituição identificar a vontade geral com a vontade parlamentar, não dando importância à distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias, não estabelecendo vontades superiores às do legislador.²⁷

Leon Duguit, assim como Carré de Malberg, refutava a criação de uma jurisdição constitucional, alegando que esta limitaria a atividade do legislador. Para ele tal tribunal seria inoperante e se transformaria em verdadeira assembléia política. Todavia, seria ele posteriormente confrontado, em sessão do instituto de Direito Público datada de 1928, com os resultados da bem sucedida experiência da Corte Constitucional austríaca apresentada por Hans Kelsen, que permitia não apenas o controle jurisdicional das leis estaduais, como na Constituição suíça de 29 de maio 1874, mas também das leis federais.²⁸

A mencionada Constituição da Suíça dispunha, em seu artigo 4º, que “todos os suíços são iguais perante a lei”, sendo que o Tribunal Federal deste país, já em 1880, entendia que esta norma condicionava a atuação da administração, do legislador e dos juízes, que deveriam aplicar a lei de maneira igual a todos os cidadãos. Tratava-se de influência do direito norte americano, evidenciada na exigência de fundamento razoável para justificar o tratamento distinto ou idêntico. A jurisprudência do Tribunal Federal ressaltava a importância dos *standards*, do fundamento razoável e da ausência de arbitrariedade. O primeiro seria destinado ao legislador, vedando as distinções alicerçadas em fundamentos insuficientes, enquanto o segundo se dirigia aos aplicadores da lei, proibindo fundamentações não objetivas. A jurisprudência desta corte inovou ao trazer a distinção entre desigualdade formal e material. A primeira consistiria na contradição da legislação ou da aplicação da lei com ela própria e a segunda da contradição de uma disposição legislativa com o direito justo, com a equidade.²⁹

Todavia, o acesso ao Tribunal Federal suíço era restrito aos indivíduos que pretendiam, com fundamento na violação de direito individual, impugnar lei cantonal, sendo vedado o controle das leis federais.³⁰ Restringiu-se, conseqüentemente, o âmbito do controle da atividade do legislador, apesar das inovadoras posições trazidas pelo exercício de sua jurisdição.

²⁵ *Ibid.* p. 116-126-129.

²⁶ *Ibid.* p. 109.

²⁷ *Ibid.* p.110.

²⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.192.

²⁹ JOUANJAN, *Op. Cit.* p.100.

³⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.191.

Na Alemanha do início do século XX, Gerhard Anschütz sustentava que a igualdade estabelecia limites às autoridades na aplicação da lei, vedando a arbitrariedade. Ao contrário da doutrina francesa, como Hariou e Malberg, entendia o autor alemão que a igualdade não era inerente à generalidade da lei, comportando alcance próprio e aplicação imediata. Abordava, portanto, a igualdade perante a lei não por uma perspectiva formal, de igualdade através da generalidade da lei, mas trazia à baila um de seus aspectos materiais, qual seja, a vedação da arbitrariedade. Esta doutrina, todavia, seria amplamente criticada pelo debate publicista germânico, entre 1920 e 1933, quando a palavra de ordem passou a ser a aplicação da igualdade à atividade do legislador.³¹

A doutrina alemã, assim como a suíça, sofreu forte influência da jurisprudência americana na década de 20. À época, os recentes julgados da Corte Constitucional norte americana, como *Royster Guano Co v. Virgínia*, trouxeram com mais vigor a noção de fundamento razoável, onde se exprimia a idéia de que a distinção operada pela lei deve ser razoável, não arbitrária, de tal modo que todas as pessoas em situações similares sejam tratadas de maneira semelhante. Também é relevante neste período a contribuição de Rudolf Stammeler, com a idéia de igualdade proporcional.³²

Os críticos da interpretação restritiva de Anschütz não se agrupavam em apenas uma vertente, e pode-se dizer, de maneira esquemática, que encerravam, nas diferentes tendências, três modelos distintos de igualdade perante a lei. Carl Schmitt, em um destes modelos, defendia que a igualdade perante a lei se consubstanciava na generalidade da lei, sendo proibido ao legislativo medidas individuais. Outra vertente era a do “justo meio” (*juste-milieu*), defendida por Hans Nawiasky, Ernest von Hippel e Max Rümelin, que entendiam que a igualdade perante a lei significava a proibição dos privilégios sociais, o que se estendia ao legislador.³³

A última corrente, de Julius Hatschek, defendia a necessidade de uma interpretação mais ampla do artigo 109, al.1 da Constituição de Weimar, de modo a permitir a limitação da atividade do legislador. Consideravam a igualdade um direito constitucional fundamental. A concepção de arbitrariedade era essencial para esta nova doutrina, pois o princípio da igualdade perante a lei proibiria a edição de um ato legislativo arbitrário, que seria aquele que tratasse igualmente duas situações desiguais ou igualmente duas situações iguais, sem repousar sobre uma razão suficiente que permitisse justificar a diferença ou a identidade de tratamento. Tratava-se, portanto, de uma igualdade proporcional. Para o autor tedesco a igualdade perante a lei não impediria as *lois-mesures* (*Maßnahmegesetze*), leis individuais ou leis que decidam sobre uma situação particular, delimitada no tempo e no espaço: uma tal lei não infringiria o princípio da igualdade na medida que o tratamento específico aplicado a situação concreta repousa sobre razão suficiente. Outra contribuição de Hatschek, influenciada por Burckhardt, foi a distinção entre igualdade formal e material, consistindo a primeira na aplicação das leis e a segunda na vedação ao legislador de tratar diferentemente situações iguais e igualmente situações desiguais.³⁴

Interessante é a análise feita por Leibholz. Para ele, existia apenas a perspectiva material da igualdade perante a lei, sendo esta definida como a vedação da arbitrariedade, se confundindo com o princípio geral da justiça. Para ele, os fundamentos constitucionais da República proclamada em 1919 são inteiramente diferentes dos da aristocracia prussiana. O novo estado de direito não é simplesmente um estado legal, no qual o alcance dos direitos fundamentais se apóia na teoria da reserva legal. O estado de direito formal dá lugar ao estado de direito material, no qual os direitos fundamentais constituem as normas constitucionais eficazes, imediatamente aplicáveis, das quais o legislador não pode se apartar. O princípio da igualdade em sua nova perspectiva deveria ser interpretado sobre a base das mudanças do Estado de direito e da democracia.³⁵

³¹ JOUANJAN, *Op. Cit.* p.88, p.93.

³² STAMMLER, Rudolf. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Berlin. 1902. p.102-103. *Apud*, JOUANJAN, *Op. Cit.* p.88-99. p.103.

³³ JOUANJAN, *Op. Cit.* p.105-106.

³⁴ *Ibid.* p.108-110.

³⁵ *Ibid.* p.111.

A interpretação literal da igualdade perante a lei não era mais suficiente. Sua interpretação, para Leibholz deveria ser sistemática e se deveria buscar compreendê-la dentro do sistema de direitos fundamentais proclamados pela Constituição. A igualdade perante a lei não é, para o autor teutônico, um princípio solitário, integrando um conjunto constitucional historicamente situado. A Constituição de Weimar reconhecia, na parte consagrada aos direitos fundamentais em geral, e então ao princípio da igualdade em particular, as garantias dos indivíduos, especialmente as minorias, contra as agressões do órgão legislativo onipotente. A própria democracia moderna consiste na generalização da idéia de igualdade, sendo natural e necessário que o significado da igualdade acompanhe o desenvolvimento da realização da democracia, e então, proteja contra o poder discricionário do legislador, de modo que ela não seja mais considerada absoluta. Os direitos constitucionais dos indivíduos precedem às obras legislativas, pois tal também é o processo de desenvolvimento do Estado moderno, que é o Estado de direito em sentido material.³⁶

Defendia ainda Leibholz que para a igualdade ter eficácia normativa própria, isto é, independentemente da aplicação de uma outra norma material, é necessário que ela mesma tenha um conteúdo material. Isto afasta a dicotomia entre igualdade formal e material defendida por outros autores, que fica reduzida a mera consequência da violação da igualdade material.³⁷

Em 1913, o Conselho de Estado Francês desenvolveu sua jurisprudência em matéria de igualdade, passando a entender que os administrados que se encontrem na mesma situação devem ser tratados igualmente, sem preferência nem favores, o que implicou no reconhecimento de uma igualdade relativa e não absoluta, ao não proibir o tratamento distinto a situações diferentes. Neste mesmo sentido, Leon Duguit sustentava, que os iguais deveriam ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente. Defendia a igualdade como uma regra de direito público positivo que se imporia ao legislador por força do artigo 6º da Declaração de Direitos do Homem, o que era esvaziado pela ausência do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Todavia, o referido autor não criticava a generalidade e o caráter abstrato da lei, subordinava a igualdade ao princípio da liberdade e não deu suficiente atenção à definição do conteúdo normativo da isonomia.³⁸

3.2 A definição material da igualdade perante a lei no direito alemão da primeira metade do século XX

A arbitrariedade passou a ser um dos conceitos nodais da nova doutrina que surgia na Alemanha do entre guerras. Todavia, daí decorriam dificuldades, pois para se definir o conteúdo normativo da igualdade era necessário determinar a noção de arbitrariedade. Estas, de um ponto de vista filosófico, não podiam ser precisamente determinadas. Não existe uma definição *a priori* do que é arbitrariedade. Determinar o que é arbitrário no caso concreto depende do bom senso do juiz, baseado na idéia de que a regra abstrata deve repousar sobre uma razão necessária e suficiente. O princípio da igualdade perante a lei é então material e não formal. Ele obriga a autoridade judicial que decide sobre um caso concreto a integrar, dentro de sua razão jurídica, além dos elementos da igualdade formal, os elementos tirados da situação concreta suficientes a justificar o objeto da medida. Para Leibholz, o princípio da igualdade cria para o indivíduo um direito público subjetivo, sendo verdadeira proteção contra o tratamento arbitrário da autoridade pública, podendo ser imposto ao legislador, conciliando a separação dos poderes e a proteção de um direito fundamental. A igualdade para ele, portanto, era definida como a proibição da arbitrariedade.³⁹

Essa doutrina se fez presente em algumas decisões dos tribunais, como quando a sexta câmara cível do *Reichsgericht* declarou, em 30 de novembro de 1929, a inconstitucionalidade de lei por violação ao artigo 109, alínea 1.⁴⁰

³⁶ *Ibid.* p.112-113.

³⁷ *Ibid.* p.112.

³⁸ *Ibid.* p.93-95-96.

³⁹ *Ibid.* p.113 a 118.

⁴⁰ *Ibid.* p.117

Entretanto, a recepção desta doutrina pela jurisprudência foi interrompida com a ascensão do partido Nacional Socialista ao poder, em 1933, afirmando o princípio material da igualdade na raça. Neste período, a Constituição de Weimar foi esfaqueada pelo sistema, sendo suplantada pela Constituição *völkisch*, fundamentada no primado absoluto das orientações políticas do estado. O sistema de direitos fundamentais foi suprimido em benefício do programa do partido Nacional-Socialista, e o princípio da igualdade pervertido para atender aos interesses da nova política racial. Inseriram-se aí o tratamento diferenciado dado aos estrangeiros e a lei sobre esterilização.⁴¹

4. Perspectivas da igualdade no Estado Democrático de Direito

Na metade do século XX, com a preocupação em fortalecer as instituições democráticas a igualdade passou a ser entendida como algo além da identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico.⁴² Os sistemas jurídicos, então, passaram a reconhecer a importância de tratamento diferenciado, seja na lei, perante a lei ou com relação aos efeitos provocados pela aplicação do dispositivo legal, com o intuito de assegurar a igualdade concreta.

4.1 A igualdade perante a lei, na lei e nos efeitos da lei

A igualdade perante a lei é historicamente a primeira manifestação da igualdade. Ela fundamenta a ordem jurídica na abolição dos privilégios tendo a unidade como sua principal característica. A multiplicidade de categorias sociais que sob a égide do antigo regime estavam submetidas a regras próprias, sendo substituídas pela Constituinte por um direito comum a todos. A função da igualdade perante a lei é reagrupar os jurisdicionados em uma esfera jurídica única, independente das situações de fato, constituindo uma injunção feita aos órgãos de aplicação da norma. Esta expressão do princípio da igualdade não diz respeito ao conteúdo do ato, mas somente a modalidade de sua aplicação, assemelhando-se, por vezes, ao princípio da legalidade.⁴³

A igualdade perante a lei exprime uma proibição da arbitrariedade individual, do privilégio particular e não institucionalizado. Ela é um instrumento da realização concreta da igualdade cuja eficácia depende do conteúdo da regra de direito.⁴⁴

O Conselho Constitucional francês compreende o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a justiça como um corolário do princípio da igualdade perante a lei. Ela se expressa no processo através da idéia de que as normas processuais devem ser as mesmas para todas as pessoas que se encontram em situações semelhantes. Estas regras dizem respeito ao exercício da jurisdição, das vias recursais e das possibilidades de produzir provas, ou ainda o regime de aplicação das penas.⁴⁵

No Direito continental europeu do pós-segunda guerra, a igualdade ganhou maior efetividade. A doutrina francesa passou a entender que a igualdade constituía princípio aplicável mesmo na ausência de texto, aplicando-se, inclusive, ao legislador. Este entendimento foi corroborado pelo Conselho Constitucional francês, para quem a igualdade integrava o bloco de constitucionalidade.⁴⁶

O artigo 3º al. 3 da Lei Fundamental alemã de 1949 dispunha que os direitos fundamentais se aplicam aos poderes legislativos, executivo e judiciário, como direito diretamente aplicável. Assim, a obediência ao princípio da igualdade passou-se a aplicar também ao legislador. A igualdade perante a lei passou a ser caracterizada como um direito

⁴¹ *Ibid.* p.119-120.

⁴² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do processo Civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 97

⁴³ PELISSER, Gilles. *Le principe d'égalité en droit public*. PARIS:L.G.D.J. s/d. p.25

⁴⁴ *Ibid.* p.26

⁴⁵ *Ibid.* p.60-61.

⁴⁶ *Ibid.* p.16.

fundamental, deixando sua interpretação de ser feita de maneira isolada, em consonância com os novos métodos de interpretação da constituição que emergiam à época.⁴⁷

Posteriormente, as democracias ocidentais passaram a reconhecer que a efetiva igualdade também comportava diferenciações a serem estabelecidas na lei, abarcando distinção geral e abstrata. Esta englobaria tanto diferenças de tratamento, quanto discriminações⁴⁸, sendo exemplo o art. 8º, alínea I e II da Constituição Federal Suíça⁴⁹. Na Inglaterra, essa tendência pode ser comprovada pelo *Legal Aid Act* de 1988⁵⁰, o *Human Rights Act* de 1998⁵¹ e o *Mental Capacity Act* de 2005⁵².

Estas distinções não constituíam violações ao princípio igualitário, como afirmava San Tiago Dantas em meados do século XX:

Todas essas distinções, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permite distinguir as leis arbitrárias das leis conformes ao direito, e eleva até essa alta triagem a tarefa do órgão máximo do Poder Judiciário.⁵³

Tratava-se do reconhecimento da igualdade na lei, que buscava realizar diretamente a igualdade. O fundamento da igualdade na lei é idêntico a da igualdade perante a lei: a igualdade de todos os homens em direito. Todavia, este princípio não se destina aos órgãos de aplicação da lei⁵⁴; ele se impõe ao autor do ato normativo de não cometer desigualdades. A lei não deve tratar todas as situações de maneira idêntica, devendo fazer distinções justificadas, ou seja, fundadas sobre as diferenças entre situações.⁵⁵

Esta generalidade, expressa na impessoalidade, não é uma garantia suficiente para a igualdade. Ela pode criar tratamentos diferenciados, não pode ocorrer é atribuí-los a determinada pessoa, mas o pode fazer com relação a categorias de pessoas. Pela teoria liberal, a igualdade é plenamente satisfeita através da generalidade da norma. Esta idéia que conduz à transformação de um princípio material em uma regra estéril é abandonada no Estado Democrático de Direito, pois a lei não é geral por natureza. Além disso, a igualdade não se insere na noção de

⁴⁷ JOUANJAN, Op. Cit. p.127; SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht. In: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlim. 1955. *Apud*, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2004. *Ipsis litteris*: “O traço capital de separação entre esse método e a técnica interpretativa dos positivistas do século XIX consiste no primeiro se tornar profundamente crítico com respeito ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, que serem de critério para o trabalho jurídico de interpretação, ao passo que o segundo – o dos antigos positivistas- fica invariavelmente acorrentado a uma análise interpretativa de feição meramente formal, e que, segundo Smend, “decompõe o Direito Constitucional num agregado de normas e institutos isolados”, submetidos a uma normatividade de todo abstrata.”

⁴⁸ MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Zurich-Bâle-Genève:Schulthess. 2003. p.28

⁴⁹ SUIÇA. Constituição (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em: 07 fev. 2007.

⁵⁰ INGLATERRA. *Legal Aid Act* (1983). <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880034_en1.htm>. Acessado em 8 de junho de 2007.

⁵¹ INGLATERRA. *Human Rights Act* (1998). <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/19980042.htm>> . Acessado em 8 de junho de 2007.

⁵² INGLATERRA. *Mental Capacity Act* (2005). <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050009.htm>>. Acessado em 8 de junho de 2007.

⁵³ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law. *In: Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense. 1953. p.56

⁵⁴ Faço ressalva quanto à competência constitucional atribuída a alguns órgãos julgadores para a edição de normas gerais, tais como a possibilidade dos tribunais elaborarem seus regimentos internos (art. 96, I, a, Constituição), do Conselho Nacional da Justiça poder expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência (art. 103-B, I, Constituição). Neste caso há a edição de regras gerais destinadas a disciplinarem o exercício da jurisdição e organização dos tribunais.

⁵⁵ PELLISSIER, G. *Op. Cit.* p.27

generalidade; assim, a igualdade permite a criação de distinções quando as situações permitirem.⁵⁶

O sucesso da concepção da igualdade na generalidade corresponde ao desejo liberal de neutralidade do estado. A legislação era conforme o princípio da igualdade quando se abstinha de intervir sobre situações individuais, de modificar a igualdade supostamente estabelecida entre os cidadãos. A generalidade da lei era a garantia das iniciativas individuais e a igualdade, uma paridade de chances formulada partir de um postulado de igualdade jurídica de todos os homens, consequência da rejeição da igualdade natural. A igualdade jurídica se afirma quando não há privilégios, o que reflete uma concepção negativa de igualdade, que tende a deixar a sociedade se regular. Essa opinião liberal professa a igualdade no gozo dos direitos a liberdade, a propriedade e a segurança. A noção de generalidade é interpretação liberal da igualdade, segundo a qual o princípio da igualdade impõe aos poderes públicos conservar, e não criar, as condições jurídicas iguais da liberdade de iniciativa particular.⁵⁷

A igualdade na lei se expressa, então, na impossibilidade da autoridade administrativa e legislativa de estabelecerem distinções não justificadas, e o contrário implica na existência de arbítrio por parte da autoridade estatal. O princípio da igualdade não é um vetor de imobilidade social, mas sim uma autorização para os poderes públicos estabelecerem diferenças de tratamento, desde que justificadas por diferença de situações. A interpretação contemporânea deste princípio reconhece aos poderes públicos o direito de perseguir um tal fim, constituindo caminho necessário para a passagem da igualdade liberal à igualdade social, realizando um alargamento do poder reconhecido ao estado de criar distinções, de agir sobre o corpo social o dividindo em categorias. O juiz deve verificar que este poder ampliado não reintroduz privilégios ou cria distinções injustificadas. A igualdade pela generalidade, como a igualdade perante a lei, são momentos essenciais da progressão da igualdade concreta.⁵⁸

A generalidade da lei no Estado Democrático de Direito deve adequar-se às exigências do processo justo. Deste modo, a generalidade das regras processuais deve ser compreendida como aquela que incide sobre todos os jurisdicionados que se encontram na mesma situação, ressaltando o caráter excepcional destas diferenciações, assim como suas finalidades.⁵⁹

Alguns autores como Gilles Pellissier sustentam a existência da “igualdade pela regra de direito”, que não é fundamentalmente diferente da igualdade na lei. Ambas dizem respeito ao conteúdo da norma. Ela se situa na mesma consciência contemporânea de necessidade de intervenção do estado. Mas enquanto a igualdade na lei conduz a um controle da justificação das distinções estabelecidas pelo estado, a igualdade pela lei exprime uma reivindicação de uma ação normativa em favor da igualdade. Ela representa a expressão positiva da igualdade na lei.⁶⁰

José Cretella Neto sintetiza de maneira esclarecedora esta tendência:

Em outras palavras, a anterior igualdade formal negativa (a lei não pode estabelecer diferenças) dá lugar, hoje, à conceituação positiva da igualdade (a todos devem ser concedidas iguais oportunidades). A consequência dessa alteração de enfoque permite que a lei trate desigualmente os desiguais, concedendo aos jurídica ou economicamente hipossuficientes, determinados benefícios, para que não sejam prejudicados em virtude de suas deficiências.⁶¹

Vicent Martenet identifica uma terceira espécie de igualdade, por ele denominada *au-delà de la loi*, ou seja, além da lei, em seus impactos. Esta noção de igualdade se configura quando norma neutra pela perspectiva dos critérios resultantes dos artigos 26 do Pacto ONU II, 14 da Convenção Europeia de Direitos do Homem e 8, al. 2 da Constituição Federal Suíça, afeta

⁵⁶ *Ibid.* p.28-29

⁵⁷ PELLISSIER, G. *Op. Cit.* p.28-29.

⁵⁸ *Ibid.* p.29.

⁵⁹ *Ibid.* p.62.

⁶⁰ *Ibid.* p.28-29.

⁶¹ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.55.

de maneira diferente dois grupos de pessoas, e não apenas dois indivíduos, constituindo verdadeira discriminação indireta, pois fundada em critérios sensíveis como nacionalidade, religião, opinião política, renda e sexo.⁶²

Esta igualdade contribui de certa maneira para assegurar a igualdade de chances, tendo o grande mérito de evidenciar que uma norma formalmente neutra pode ser discriminatória por restringir a efetividade de direitos fundamentais. As normas são a expressão das concepções majoritárias de uma sociedade, do espírito de um grupo dominante, podendo não levar em conta as diferenças culturais existentes no seio do organismo social.⁶³

Entre nós, no Brasil, parece ser violadora da igualdade no impacto da legislação, a manutenção dos crucifixos nas salas de audiência, questionada no Pedido de Providências nº 1343, perante o Conselho Nacional de Justiça, na medida que atenta justamente contra liberdade religiosa dos indivíduos, baseando-se em *standard* imposto por uma maioria.⁶⁴

Apesar destas sofisticadas conceituações, a estrutura jurídica do sistema continuava incapaz de garantir a efetiva tutela de direitos, não permitindo a efetiva igualdade quanto aos efeitos da aplicação da lei, e apenas perante a lei e na lei. Reconheceu-se então que os paradigmas norteadores do processo civil, como a plena disponibilidade das provas e inércia do juiz, não mais satisfaziam as necessidades da sociedade, por levar, em muitos casos, as partes a uma situação de desequilíbrio substancial, compreendendo-se que a omissão na instrução do feito pode ocorrer devido a fatores econômicos ou culturais e não da intenção de dispor do direito.⁶⁵

4.2 O controle das diferenças de tratamento

Em 1945, a Corte Constitucional alemã, em um de seus primeiros julgamentos, expressou o entendimento que o princípio da igualdade é violado quando não se encontrar justificção razoável para o tratamento diferente ou semelhante estabelecido pela lei. Não sendo justificado objetivamente o tratamento haveria arbítrio por parte da autoridade estatal. A igualdade não se impunha ao legislador apenas quando ele estabelecesse uma diferença de tratamento, mas também quando tratasse igualmente duas situações dessemelhantes. O princípio da igualdade, para a Corte Constitucional alemã, impunha a demonstração da correspondência do ato jurídico com seus antecedentes objetivos, seus motivos, sendo também importante a razoabilidade do tratamento, que seria aferida através da avaliação dos escopos pretendidos, devendo estes serem suficientes para se alcançar a finalidade almejada.⁶⁶

À época, na França, os julgados do Conselho Constitucional Francês e do Conselho de Estado não caminhavam neste sentido, pois só admitiam a violação da igualdade através do tratamento diferenciado e não através do tratamento semelhante dado a situações diferentes.⁶⁷

A igualdade nesta época passou a ser vista não como consequência de tratamento igual ou desigual, mas sim como de tratamento semelhante ou diferente para situações comparáveis. Entendeu-se que a igualdade comportava dois pólos, um positivo e outro negativo, situados em planos distintos, sendo adequada para a tutela da garantia isonômica a análise da sua violação através de critérios objetivos, afastando a tradicional definição aristotélica do princípio da igualdade como tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.⁶⁸

Esta tradicional fórmula aristotélica, se refere a situações idênticas, estipulando que *“dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os*

⁶² MARTENET, V. Op. Cit. 99-102

⁶³ Ibid. p. 106-117.

⁶⁴ Ibid. p. 111. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 1343. 2005. Relator: Paulo Lobo. Brasília, 11 de junho de 2007. <http://pyxis.cnj.gov.br/acompanhamentoprocessualportal/faces/jsf/consultarandamentoprocessual/DocumentoEletronico.jsp?id=5508>. Acesso em: 30 de julho de 2007.

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

⁶⁶ JOUANJAN, O. Op. Cit. p.130-133-134.

⁶⁷ Ibid. p.131.

⁶⁸ MARTENET, V. Op. Cit. p.23.

desiguais, na exata medida de suas desigualdades”⁶⁹, não permitindo a comparação entre duas situações com fundamento na semelhança, permitindo com que situações semelhantes, mas não idênticas, resembram desamparadas da tutela do judiciário.⁷⁰ Neste mesmo sentido, a diferença de tratamento ou assimilação podem ser de amplitude limitada, solução a rigor impossível pela concepção que apenas considera a identidade entre as situações.⁷¹

Esta análise através de critérios objetivos seria alcançada através de análise realizada em duas etapas. Na primeira, se avaliaria a existência de comparabilidade entre duas situações enquanto na segunda se verificaria a existência de justificativa para o tratamento diferenciado ou semelhante.⁷²

Ao se verificar a comparabilidade entre as duas situações, indivíduos ou coletividades, se busca definir a existência pontos em comum entre ambas, com o intuito de determinar a necessidade de tratamento diferenciado ou assimilação. A preocupação, nesta etapa, é com a semelhança e não com a rigorosa identidade entre as situações comparadas⁷³, afastando, neste sentido, a ultrapassada concepção que remontava às leis de Sólon de que a igualdade se verificava através da identidade.⁷⁴

A comparação é um dos mais importantes requisitos para a constatação da violação da igualdade e os tribunais supranacionais a tem considerado elemento essencial para a análise da aplicação da igualdade aos casos concretos.

A segunda etapa do exame da igualdade se refere a justificção do tratamento diferenciado de duas situações, indivíduos ou coletividades *a priori* comparáveis, ou de situações que necessitam de um tratamento distinto mas que são tratadas de maneira semelhante. Sua importância funda-se na vedação dirigida ao legislador ou magistrado de estabelecer diferenças de tratamento injustificadas e arbitrárias.⁷⁵

A doutrina tem entendido que esta justificção pode ser situacional, quando considerar situações, contextos ou circunstâncias; finalista, quando a distinção ou assimilação de duas ou mais situações constituírem um instrumento de objetivo almejado pela autoridade estatal; e mista, quando comportar uma dimensão situacional e finalista.⁷⁶

Este dever de justificção, verdadeiro ônus da autoridade estatal, não deve ser realizado de ofício pelo juiz.⁷⁷ Em decorrência das diferentes espécies de justificção concebem-se métodos diferentes para a análise da verificação da violação da igualdade em cada um deles.

Na justificção situacional, a amplitude das assimilações ou distinções deve se submeter a exame em função do seu escopo, do seu objeto e dos efeitos.⁷⁸ O que se exige aqui é que a assimilação ou diferenciação seja justificada por um simples motivo objetivo, ou qualificado, devendo o magistrado sopesar o elemento comparativo estabelecido na primeira etapa do exame com o motivo da distinção, evocado na segunda etapa do exame. Deve-se também considerar o

⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72.

⁷⁰ MARTENET, V. *Op. Cit.* p.12.

⁷¹ *Ibid.* p.20.

⁷² MARTENET, V. *Op. Cit.* p.78. PELLISSIER, G. *Op. Cit.* p. 56, *ipsis litteris*, “Si tout contrôle de l’égalité consiste en un contrôle de la justification des atteintes qui lui sont portées, les termes de l’appréciation de la justification varient en fonction de l’objet de l’égalité et de son domaine d’application. Ces paramètres sont combinés au cours d’un raisonnement imposé par la structure d’un principe relationnel: le juge examine dans un premier temps si les situations sont comparables au regard d’un tertium comparationis choisi au préalable, puis si cette différence de situation justifie une différence de traitement, ou si l’intérêt général invoqué rend légitime la distinction entre des situations similaires.”

⁷³ MARTENET, V. *Op. Cit.* p.60.

⁷⁴ ALBUQUERQUE, M. *Op. Cit.* p. 11.

⁷⁵ MARTENET, V. *Op. Cit.* p.11. PELLISSIER, G. *Op. Cit.* p. 55. MAZIÉRE, Pierre. *Le principe d’égalité en droit privé*. Marseille: Presses Universitaires d’aix –Marseille. 2003. JOUANJAN, O. *Op. Cit.* p.11.

⁷⁶ MARTENET, V. *Op. Cit.* p. 189.

⁷⁷ *Ibid.* p. 163.

⁷⁸ *Ibid.* p. 192.

universo de pessoas atingidas pela sua decisão, realizando considerações acerca do impacto desta.⁷⁹

Na justificação finalista, é realizada diferente análise. A amplitude das assimilações ou distinções deve se submeter a exame em função da base legal, objetivo legítimo e proporcionalidade, decompondo-se esta última em três sub princípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade *scritu sensu*. Estes princípios derivados à proporcionalidade significam, respectivamente, que a medida estatal deve ser apropriada para atender aos resultados desejados, não deve ser mais rigorosa do que o necessário para atender ao objetivo almejado e precisa estar correlacionada com o objetivo pela perspectiva da razoabilidade.⁸⁰

4.3 A vedação da discriminação

A doutrina e a jurisprudência das cortes supranacionais e constitucionais têm reconhecido a impossibilidade da autoridade estatal fundamentar distinções em determinados critérios, como raça, religião, sexo, língua e opinião política, por entender que estes constituem modalidades de discriminação. Estes critérios estão presentes no art. 14 da Convenção Européia de Direitos Humanos⁸¹, art. 26 do Pacto Internacional relativo aos direitos civil e políticos⁸², art. 8º, al. 2 da Constituição Federal da Suíça⁸³ e art. 3º, al. 3 da Constituição alemã⁸⁴. A Constituição brasileira, apesar de não enumerar critérios, veda distinções de qualquer natureza em seu artigo 5º, *caput*. Todavia, por força de interpretação sistemática, não se deve entender que a Constituição pátria vedou toda forma de distinção entre pessoas, pois ela mesmo estabeleceu tratamentos diferenciados, como no artigo 5º, XXXII, referente à defesa do consumidor, e no art. 5º, LXXIV, sobre a assistência jurídica integral e gratuita. O mais adequado, então, é entender que as distinções vedadas pela Constituição são aquelas discriminatórias, fundadas nos critérios sensíveis presentes na Carta Magna, ou não justificadas pela autoridade estatal, como reconhece a doutrina dos países sob a jurisdição da Corte Européia de Direitos Humanos.

A Constituição da África do Sul, de 4 de dezembro de 1996⁸⁵, é igualmente minuciosa ao descrever a regra igualitária, dedicando-a cinco incisos. Estabelece, em seu art. 9, que todos tem o direito de desfrutar dos mesmos direitos e liberdades, que o estado não poderá injustamente discriminar pessoas em razão da raça, gênero, sexo, gravidez, estado civil, etnia, origem social, cor, orientação sexual, idade, religião, consciência, crença, cultura e nascimento.

Todavia, as legislações de países que vedam a discriminação comportam inúmeras distinções fundadas nos aludidos critérios, notavelmente sobre idade, língua, situação social ou até mesmo o sexo, por considerar a situação particular de certos grupos de pessoas, em atendimento a objetivo legítimo e proporcional. Apenas a falta de justificação na utilização de um destes critérios inscritos nas constituições é que vai ensejar a violação da proibição da discriminação.⁸⁶ Este entendimento é o expresso no art. 9º, §5º da Constituição da África do Sul.

⁷⁹ *Ibid.* p.289-290.

⁸⁰ *Ibid.* p. 192-319.

⁸¹ Convenção Européia de Direitos Humanos e protocolos adicionais (2003). <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>>. Acessado em 08 de jun. de 2007.

⁸² Pacto internacional referente aos direitos civis e políticos (1966). < http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_103_2/a26.html>. Acessado em 08 de jun. de 2007.

⁸³ SUÍÇA. Constituição (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em: 07 fev. 2007.

⁸⁴ ALEMANHA. Constituição (1949).<http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf> Acessado em 08 de jun. de 2007.

⁸⁵ ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). 4 de dezembro de 1996.Disponível em <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>. Acesso em: 07 fev. 2007

⁸⁶ *Ibid.* p.36.

A proibição da discriminação pode ser considerada como uma expressão particular da garantia geral da igualdade, espécie do gênero desta, sendo ambas faces da mesma realidade.⁸⁷

Gilles Pellissier menciona que aspectos da personalidade, do estado civil ou da situação jurídica e social do indivíduo não podem fundamentar uma diferença de tratamento, pois está será tida como violadora do princípio da igualdade. Para o autor, está seria a única expressão absoluta da igualdade, não sendo aplicável as demais regras referentes à igualdade como um princípio relativo.⁸⁸

A proibição da discriminação contribui para conferir uma maior verossimilhança material, e não apenas formal, à igualdade. Neste sentido, diferentemente do tradicional juízo de comparação da igualdade, se presume a comparabilidade entre as duas situações, não sendo obrigatoriamente condicionada pela demonstração pelo indivíduo ou coletividade que busca o reconhecimento da violação da vedação a discriminação. Certamente, se fosse exigido de maneira rígida o ônus da comparação, seriam ameaçados os membros dos grupos sociais inferiores, protegidos pelos dispositivos constitucionais. Essa presunção, então, significa que o emprego de um dos critérios pessoais é suficiente para fazer nascer a obrigação da autoridade de contestar o ato impugnado.⁸⁹

Em outros termos, pode-se dizer que o emprego dos critérios dos artigos 9 da Constituição da África do Sul, do art. 8º da Constituição Suíça e do art.14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos são condicionados a legitimidade dos elementos justificativos.⁹⁰

A vedação à discriminação comporta três elementos constitutivos. O primeiro é a existência de desvantagem em razão de uma característica pessoal, o segundo é o estabelecimento do vínculo de comparação, que se beneficia da mera exigência da verossimilhança, enquanto o terceiro é a ausência de justificação.⁹¹

A doutrina entende ainda que a discriminação comporta uma modalidade direta, sendo que esta comporta mais dois elementos constitutivos, quais sejam, a diferença de tratamento e o aspecto de rebaixamento, de depreciação, de exclusão, de humilhação. Por essa perspectiva, a ausência de tratamento diferenciado também pode constituir discriminação. Não obstante, esta posição tem sido considerada demasiadamente restrita e não tem sido aplicada pelos tribunais das cortes supranacionais.⁹²

A intenção da autoridade não constitui critério de aplicação da proibição da discriminação. A violação da discriminação pode-se dar de maneira até mesmo inconsciente.⁹³ Caberá então a autoridade questionada quando a existência de discriminação justificar o ato em que se funda o pleito. Olivier Jouanjan destaca que toda discriminação deve ser justificada sob a pena de ser arbitrária.⁹⁴

4.4 Litigantes habituais versus litigantes eventuais

A partir dos últimos anos da década de 60 os processualistas passaram a se preocupar com os óbices enfrentados pelos jurisdicionados no acesso à justiça, reconhecendo a existência de obstáculos distintos dos jurídicos.

Remonta aproximadamente a esta época a menção à distinção entre litigantes “eventuais” e “habituais”⁹⁵, fundamentada na frequência de encontros das partes com o sistema judicial, correspondendo a que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e

⁸⁷ *Ibid.* p.40.

⁸⁸ PELLISSIER, G. *Op. Cit.* p.53.

⁸⁹ MARTENET, V. *Op. Cit.* p.40-42.

⁹⁰ *Ibid.* p.44.

⁹¹ *Ibid.* p. 45-46-47.

⁹² *Ibid.* p. 49.

⁹³ *Ibid.* p.51.

⁹⁴ JOUANJAN, O. *Op. Cit.* p.91.

⁹⁵ GALANTER. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. In: *Law and Society Review*, v.0, 1974, p.95. *Apud*, CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. Trad. Ellen Gracie Northfleet, 2002. p.25.

pouco freqüentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa.⁹⁶

As possibilidades das partes são ponto central desta distinção, havendo o reconhecimento de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas. Um dos grandes méritos desta idéia é evidenciar que sobre as descrições neutras das regras do processo civil costuma ocultar-se modelo demasiadamente afastado da realidade, onde se pressupõe duas partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os advogados possam trazer. O processo, no entanto, não pode ser colocado no vácuo, alheio a todas as diferenças entre os indivíduos que o integram.⁹⁷

Entre as vantagens dos litigantes habituais, Cappelletti e Garth citam a maior experiência com o Direito, permitindo melhor planejamento do litígio; a possibilidade de desenvolver relações informais com membros da instância decisora e de reduzir os riscos da demanda por maior número de casos. Em função destas vantagens operacionais, os litigantes habituais são mais eficientes do que os indivíduos, havendo, por exemplo, maior facilidade de mobilização para pleitearem seus direitos em juízo. Os cidadãos comuns, ao contrário, em sua condição de consumidores, são relutantes em buscar o amparo do sistema judicial, e quando o buscam tendem a o fazer em causas relativas a questões de família e criminal.⁹⁸ Trata-se da manifestação jurídica do hábito político existente nas democracias ocidentais consistente no fato dos cidadãos se encerrarem estritamente no círculo dos interesses domésticos, dada a pouca força individual de cada um.⁹⁹

A análise das barreiras ao acesso à justiça, revelou um padrão: os obstáculos criados pelos sistemas jurídicos são especialmente cruéis para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.¹⁰⁰

O Projeto Florença, capitaneado por Cappelletti e Garth, identifica claramente a existência de fatores não econômicos que condicionam o desempenho dos litigantes em juízo. Tratam-se de fatores culturais, tais como o temor reverencial pelos personagens do processo; e geográficos, como bem relembra Leonardo Greco, por ocasião das dimensões continentais do Brasil e de outros países da América Latina.¹⁰¹

Todavia, em sociedades subdesenvolvidas como o Brasil, existe verdadeira multiplicidade de eixos distintivos que condicionam a influência das partes no processo, tal como a posição social que determinado indivíduo ocupa na sociedade e que transborda para o processo judicial.

O reconhecimento da existência de fatores externos ao processo que condicionam o desempenho dos litigantes amadureceu na consciência dos processualistas a necessidade de assegurar a igualdade das partes em juízo através de meios que impedissem que as desvantagens existentes em outras esferas da sociedade influenciassem o desempenho das partes em juízo. Passou-se a buscar a igualdade no ponto de partida, a igualdade de oportunidade, como visionariamente defendido por Pedro Calmon¹⁰², que tem modernamente sido denominada de igualdade complexa.¹⁰³

Por esta perspectiva, tenta-se impedir que a posição de um cidadão em uma esfera ou em relação a um bem social seja abalada por sua posição em outra, como ocorre quando os

⁹⁶ CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.25.

⁹⁷ *Ibid.* p.12-21

⁹⁸ *Ibid.* p.26-39

⁹⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: Sentimentos e Opiniões*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 370.

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.28.

¹⁰¹ GRECO, Leonardo. O Acesso ao Direito e à Justiça. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 1 ed. 2005. p. 207.

¹⁰² BITTENCOURT, Pedro Calmon Muniz de. *Curso de Direito Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942. p. 328.

¹⁰³ ROUANET, Luiz Paulo. Igualdade complexa e igualdade de renda no Brasil. In: MERLE, Jean Christophe. MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy. 2003. p. 385.

menos abastados litigam em face daqueles com maior capacidade econômica.¹⁰⁴ Todavia, como já foi mencionado, não são apenas questões de ordem econômica que abalam a posição de algumas partes quando em juízo, sendo este, possivelmente, apenas uma das causas da reconhecida instabilidade na interpretação da igualdade.¹⁰⁵

O desenvolvimento da representação dos interesses difusos e coletivos sem dúvida foi de grande importância para minimizar as diferenças existentes entre os litigantes habituais e eventuais. Todavia, para seu pleno exercício, é necessário fortalecer as associações livres que sejam capazes de lutar contra a tirania sem destruir a ordem.¹⁰⁶

Torna-se necessário uma abordagem mais específica destes eixos desigualitários que condicionam o desempenho dos litigantes, com recurso a categorias não apenas jurídicas, mas também sociológicas.

4.5 Eixos de desigualdade na sociedade brasileira

A questão dos eixos de desigualdade ganha especial contorno na sociedade brasileira, onde se estabelecem uma série de sinais distintivos, complementarmente ao econômico. Apesar da sociedade brasileira se estruturar sobre aparente cordialidade¹⁰⁷, o sistema social no Brasil é extremamente preocupado com a hierarquia e autoridade, sendo os conflitos resolvidos através de ritos autoritários, como fica expresso na tradicional idéia de que “cada um deve saber o seu lugar”, freqüentemente encontrada nas relações cotidianas. Essas práticas permitem a sobrevivência de um ideal aristocrático, desigualitário, no seio de uma sociedade que se proclama e procura ser vista como igualitária.¹⁰⁸

Esta estrutura social desigualitária baseia-se na intimidade social e constitui resquício da transição precária de uma sociedade essencialmente feudal para o meio de produção inserido no contexto de uma economia de mercado.¹⁰⁹ Essa estrutura alicerçada na intimidade, na proximidade pessoal, é identificada por Sérgio Buarque de Holanda em seu clássico *Raízes do Brasil*, que menciona a dificuldade do homem ibérico em distinguir o público do privado, trazendo para a esfera das instituições todo o colegiado de relações pessoais que regem sua vida particular.¹¹⁰

Não ficam os embates forenses alheios a tal aspecto de nossa cultura. Também eles se tornam alegorias das relações sociais e de poder existentes fora da lide.

Em nossa cultura as relações podem começar marcadas pelo eixo econômico do trabalho, mas logo depois adquirem uma tonalidade pessoal, definindo-se também no plano de uma forte e permanente moralidade. Assim, pode-se dizer que mesmo relações impessoais são atravessadas pela pessoalidade, pela busca de aproximação pessoal. As relações de trabalho e econômicas, mesmo quando impessoais, se somam a um conjunto de laços pessoais regidos pela intimidade, o respeito, a consideração, o favor, o que evidencia a precariedade das instituições em nossa cultura, como atenta a competente pesquisa de campo de Roberto da Matta.¹¹¹

Existe a possibilidade para uma hierarquização contínua e múltipla de todos as posições do sistema, criando inúmeras condições anteriores ao processo e que influenciam seu caminhar. Por essa perspectiva, relações sociais díspares, tais como a existente entre patrão e empregado, são operadas por cima do eixo econômico através de uma classificação de caráter moral que permite dividir estas categorias em outras classificações, permitindo, por exemplo, categorizar os patrões em generosos e não generosos, agradáveis ou desagradáveis. É isto que permite

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 385.

¹⁰⁵ JOUANJAN, O. *Op. Cit.* p.24.

¹⁰⁶ TOCQUEVILLE, A. de. *Op. Cit.* p. 370.

¹⁰⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1997. p.147.

¹⁰⁸ DAMATTA, Roberto. *Carnavais Malandros e Heróis*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco. 1997. p.182-183-185.

¹⁰⁹ HOLANDA, S. B. *Op. Cit.* p. 145/146.

¹¹⁰ HOLANDA, S. B. *Op. Cit.* p. 135.

¹¹¹ DAMATTA, R. *Op. Cit.* p. 192.

dividir estas categorias em outras classificações com base em múltiplos eixos de hierarquização, que sem dúvida inibe os conflitos do sistema.¹¹²

Dentre estes conflitos reprimidos, oriundos das relações sociais entrecortadas, não há dúvida que se encontra o litígio judicial, que pode ser abortado antes mesmo do litigante mais fraco ter ingressado em juízo, em decorrência de sua posição de inferioridade em outras esferas da sociedade, o que sem dúvida é inaceitável em um Estado que se pretende Democrático de Direito.

Este sistema de múltiplos eixos permite a diferenciação contínua e sistêmica dos iguais, proporcionando a manutenção de um esqueleto hierárquico e complementar que convive com os ideais igualitário e complica a percepção de se operar o sistema. A análise do sistema social brasileiro é feita normalmente pelo viés econômico, inclusive nos estudos jurídicos, deixando de lado todos os outros eixos classificatórios, que possuem importante influência na construção de uma sociedade desigual.¹¹³ O problema do desempenho das partes em juízo é amplamente condicionado por estes fatores, que não podem ser desprezados pelo julgador, pelo legislador e pela doutrina.

As fórmulas de uso pessoal, desvinculadas de camadas ou posições demarcadas ocupam os espaços que as leis do estado e da economia não penetram, submetendo todos a outras formas de hierarquia social.¹¹⁴

Temos então um sistema geral de classificação em que as pessoas são marcadas por categorias extensivas de um modo binário. De um lado os superiores, do outro os inferiores. Mas é preciso, no entanto, chamar a atenção para o fato de que neste sistema, as categorias têm uma caráter moral, sendo evitadas sistematicamente as classificações concretas e exclusivas que podem remeter a aspectos reais e a uma só classificação da sociedade.¹¹⁵

Neste sentido, ganha destaque a observação de Cappelletti e Garth, de que a capacidade jurídica pessoal está intimamente ligada não apenas com vantagens tais como recursos financeiros, mas também educação, meio e status social, sendo estes fatores definidores na determinação da acessibilidade à justiça.¹¹⁶ Leonardo Greco atenta no mesmo sentido, ao afirmar que para o acesso ao direito o Estado deve dar e efetividade a uma série de pressupostos, tais como educação básica; sobrevivência condigna aos cidadãos; ruptura dos quistos sociais através do oferecimento de assistência hospitalar, trabalho e segurança pública; aperfeiçoamento do aconselhamento jurídico; diminuição das barreiras econômicas, geográficas e burocráticas; oferecimento de justiça rápida e de qualidade, com seus atos realizados em respeito ao contraditório, independência do julgador.¹¹⁷ Devido a esses óbices, a maioria das pessoas comuns não conseguem ter acesso a ordem justa.

5. A Paridade de Armas como projeção do Princípio da Igualdade no processo civil

A Constituição brasileira e outros documentos, como o art. 14 do Pacto de Direitos Civil e Políticos das Nações Unidas, em vigor no Brasil, impõem a igualdade das partes perante os órgãos jurisdicionais estabelecendo este último que “todos são iguais perante os tribunais e demais cortes de justiça. Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei”.¹¹⁸

A fórmula de que todos são iguais perante a lei é repetida pela Constituição de países com reconhecida tradição humanitária, como Suíça (art. 8º, Constituição Federal da

¹¹² *Ibid.* p. 192.

¹¹³ *Ibid.* p. 193.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 195-199.

¹¹⁵ *Ibid.* p.205.

¹¹⁶ CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.22.

¹¹⁷ GRECO, Leonardo. O acesso ao Direito e à Justiça. In: *Faculdade de Direito de Campos*. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 1 ed. 2005. p.197-223

¹¹⁸ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. nº 9. p. 127.

Confederação suíça)¹¹⁹ e Alemanha (art.3º, al. 3, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)¹²⁰, assim como de outros, de menor experiência democrática, tal como o Uruguai (art. 8º, Constituição da República Oriental do Uruguai)¹²¹, Peru (art. 2º,II da Constituição Política do Peru)¹²² e África do Sul (art. 9º, Constituição da República da África do Sul)¹²³.

Esta igualdade proclamada na maioria das democracias ocidentais não é apenas um direito individual, mas também organizacional, como mecanismo regulador da atividade do Estado, responsável pela coerência das regras existentes na ordem jurídica.¹²⁴

Daí sua caracterização como direito fundamental, encontrando na paridade de armas sua manifestação no processo civil. Está é compreendida como componente autônomo da garantia de um processo justo, mas que está intimamente ligada a outras garantias, como o contraditório.¹²⁵

Contudo, a adequada compreensão da paridade de armas exige a determinação de seu conteúdo no processo civil. Daí a importância da análise das garantias que a integram.

5.1 Poderes Instrutórios do Juiz e paridade de armas

Até meados do século XX a ideologia do Estado não intervencionista, liberal, repercutia diretamente na forma de atuação dos juízes, que sustentavam posição de inércia perante a condução do processo. As partes movimentavam o processo de acordo com a sua capacidade e possibilidade técnica, econômica e social, sem que o magistrado pudesse intervir e determinar a produção de provas de ofício.¹²⁶ Ao juiz não era facultado a aplicação dos princípios constitucionais, que eram vistos como abstratos e vagos, devendo se ater aos dispositivos legislativos que lhes dão realização positiva, como se sustentava na França da Terceira República.¹²⁷

No Brasil, na vigência das Ordenações, a legislação previa que o juiz deveria julgar “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito foi provado”.¹²⁸

Deste modo, o processo civil foi reduzido a mera relação de direito privado, sendo a inércia do juiz vista como consequência da autonomia da vontade, não havendo demanda em matéria cível realizada de ofício. Só a vontade colocava em funcionamento os órgãos jurisdicionais, não estando o impulso processual ligado a decisão do estado. Regiam a relação de direito processual os princípios dispositivo, da prova racional, do impulso processual a cargo da parte, do processo escrito e da audiência bilateral.¹²⁹

Todo esse sistema tinha como paradigma apenas a igualdade formal das partes perante a lei. O princípio da autonomia da vontade era compreendida como a expressão da liberdade e possibilidade de igualdade dos indivíduos perante o ordenamento jurídico.¹³⁰ Tratava-se de

¹¹⁹ SUIÇA. Constituição (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em: 07 fev. 2007.

¹²⁰ ALEMANHA. Constituição (1949).<http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf> Acessado em 08 de jun. de 2007.

¹²¹ URUGUAI. Constituição (1967). <http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2007.

¹²² PERU. Constituição (1993) <http://www2.congreso.gob.pe/congreso/constitucion.doc>. Acesso em: 10 de agosto de 2007.

¹²³ ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). 4 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>. Acesso em: 07 fev. 2007

¹²⁴ MARTENET, V. *Op. Cit.* p. 172.

¹²⁵ GUINCHARD, Serge. BANDRAC, Monique. DOUCHY, Méline. FERRAND, Frédérique. LAGARDE, Xavier. MAGNIER, Véronique. FABRI, Hélène Ruiz. SINOPOLI, Laurence. SOREL, Jean-Marc. *Droit processuel- Droit commun et droit compare du procès*. 2 ed. Paris: Dalloz. 2003. p. 693.

¹²⁶ MORALLES, L. C. P. *Op. Cit.* p. 16.

¹²⁷ MALBERG, R. C. *Op. Cit.* p.120.

¹²⁸ BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. Cit.* p. 109.

¹²⁹ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal*. 2. ed. Buenos Aires: DePalma. 1978. p.309-p.310.

¹³⁰ *Ibid.* p.323.

reflexo da filosofia liberal, que em sua essência trazia a idéia de que “o indivíduo deve ter a liberdade de usar ao máximo suas capacidades e oportunidades de acordo com suas próprias escolhas, sujeito somente à obrigação de não interferir na liberdade de outros indivíduos fazerem o mesmo”.¹³¹

Este sistema, alicerçado na igualdade como mero princípio teórico, punha-se em contraste com a realidade da vida, perecendo nos casos em que não houvesse contendas entre pessoas ou coletividades que ocupassem posições semelhantes na sociedade. Ficava claro este modelo ruía quando empregados litigavam contra seus patrões ou quando o indivíduo almejava reconhecer seus direitos em face do estado onipotente.¹³²

Calamandrei, na Itália da primeira metade do século XX, lembrava que uma das finalidades do processo civil é aproximar a justiça do povo, tornando-o mais próximo e acessível das pessoas humildes. Reconhecia o autor que a afirmação meramente jurídica da igualdade tornar-se letra morta quando no caso concreto a disparidade de recursos econômicos deixa uma das partes em condições desfavoráveis.¹³³

Com o desenvolvimento dos estudos humanitários em prol da efetiva igualdade entre as partes em juízo se compreendeu que era essencial a mudança na postura do juiz, que passou a não ser mais visto como um sujeito inerte e passivo, imparcial com relação ao conteúdo da controvérsia, mas não com respeito à relação processual.¹³⁴ Emergiu daí a responsabilidade material do juiz pela condução do processo, onde se entendia, sem afastar a importância essencial da sua imparcialidade, que este, diante da parte mal defendida, em vez de permanecer passivo e complacente, à vista dos erros, das omissões e da incapacidade da parte, assumia um papel ativo. Esta nova postura decorre dos alicerces sobre os quais se funda o estado de nossa época, quais sejam, a liberdade individual e a igualdade de oportunidades.¹³⁵

Este movimento em prol da efetividade da regra isonômica não ficou restrito aos sistemas de tradição romanistas, da Europa continental e das outrora colônias. A Inglaterra, por exemplo, realizou progressiva transição do *reactive system* para o *proactive system*, passando os tribunais a preocupar-se com a condução dos litígios, objetivando a efetiva tutela dos direitos.¹³⁶

É neste contexto que se passou a entender, tanto nos ordenamentos da *civil law* quanto da *common law*, que somente um comportamento ativo do julgador possibilitaria o respeito ao princípio da igualdade real entre as partes, através da participação efetiva na produção probatória, podendo o magistrado, quando necessário, realizar inspeções e inquirir testemunhas não apresentadas pelas partes.¹³⁷

¹³¹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Trad.: Luciana Carli. São Paulo: Nova Cultural. 3. ed. 1988. p. 175.

¹³² COUTURE, E. *Op. Cit.* p.323.

¹³³ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller. 2003. p.345.

¹³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: *Revista de Processo*. nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 129.

¹³⁵ *Ibid.* p.131.

¹³⁶ CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. Cit.* p.38, *in verbis* “The English civil justice system has long been notorious for its delays. However, the past two decades have seen a fundamental change in the attitude of the English courts toward the conduct of litigation. There has been a progressive move away from a “reactive” system, moving at the pace of the parties, to a “proactive” system of “case management”. The “overriding objective” of the Civil Procedure Rules is to deal with cases justly. This entails, dealing with cases, so far as practicable, “expeditiously and fairly”. The courts have been given extensive powers of management over all proceedings. “Fast track” cases should be allocated timetables of no more than 30 weeks between commencement and trial.”; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Uma Novidade: O código de processo civil inglês*. Revista de Direito Renovar. Nº 15. p. 57. 1999.

¹³⁷ BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. Cit.* p. 98-11. FINOTTI SILVA, Nelson. *Paridade de armas no Processo Civil*. Revista Jurídica. n. 327. 2005. p. 31.

5.2 Acesso à justiça como pressuposto

Condição da efetiva paridade de armas entre as partes em juízo é o acesso à justiça. Como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido. Não pode esse direito ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais, como destaca Leonardo Greco.¹³⁸

A representação jurídica dos interesses difusos, especialmente com relação ao direito do consumidor e ambiental, oriunda da segunda onda do acesso à justiça, é de grande importância para que seja transposto o obstáculo do acesso à justiça pelos chamados litigantes eventuais, sem capacidade organizacional de pleitear individualmente a tutela de seus direitos.¹³⁹

A necessidade da representação dos interesses difusos no Brasil deu ensejo a Lei 7.347 de 1985 que instituiu a Ação Civil Pública, destinada a proteger direitos e interesses transindividuais. O conjunto de mecanismos que a compõe são destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.¹⁴⁰

Os legitimados para sua estrutura são fundamentalmente entes estatais, tais como a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Importante alteração oriunda da Lei 11.440 de 2007 conferiu legitimidade à Defensoria Pública para a propositura desta ação (art. 5º, I, Lei 7.347 de 1985), o que constituiu importante passo em direção ao fortalecimento do nosso sistema de assistência jurídica gratuita através de corpo de advogados remunerados pelos cofres públicos, que passam a ser mais eficientes na representação dos pobres como classe e na diminuição dos obstáculos existentes entre estes e os litigantes habituais.¹⁴¹

Todavia, parece que a legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública dada as associações (art. 5º, V, Lei 7.347 de 1985) seja a mais importante, pois permite que associações livres possam lutar contra o arbítrio sem destruir a ordem, descentralizando o poder político e revigorando a sociedade e o próprio Estado Democrático de Direito.¹⁴² Notável então a opção do legislador por possibilitar a atuação das associações, que promove verdadeira descentralização do poder, e possibilitando o abandono da tradição brasileira de reduzida capacidade de organização social.¹⁴³ Como atenta Leonardo Greco, as associações exercem papel importante, assegurando o equilíbrio no processo através da organização dos sujeitos que se encontram em desvantagem em organizações e associações, que pela união de esforços, consigam compensar o desequilíbrio existente e dar aos indivíduos a possibilidade de litigar em igualdade de condições.¹⁴⁴

Contudo, o direito ao acesso à justiça, pressuposto da paridade de armas, não é absoluto, e isto se depreende inclusive da legislação de diversas democracias ocidentais. Na Inglaterra, por exemplo, o acesso dos litigantes às cortes é restrito por requerimentos de permissão e autorização. Tais requerimentos são concedidos pelo próprio tribunal e se aplicam a certos litigantes como deficientes mentais, menores e litigantes de má-fé. Os deficientes não podem litigar sem um assistente, o chamado *litigation friend*, de acordo com disposição estabelecida pelo *Mental Health Act*, em 1983, e o não cumprimento destes requisitos implica nulidade absoluta. Contudo, com relação as limitações impostas pelo direito inglês ao acesso à justiça, a grande controvérsia gira em torno da limitação imposta aos cidadãos que habitualmente e persistentemente, ingressam em juízo sem nenhum fundamento, litigando de má-fé. Estes litigantes temerários, chamados de *vexatious litigants*, só podem propor ação após juízo positivo

¹³⁸ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. 1 ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005. p.230.

¹³⁹ CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.49-50.

¹⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.63.

¹⁴¹ CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.39-41.

¹⁴² TOCQUEVILLE, A. *Op. Cit.* p. 370.

¹⁴³ HOLANDA, S. *ip.* 39.

¹⁴⁴ GRECO, L. Garantias... p. 199-200.

do tribunal. Semelhante disposição também pode ser encontrada na legislação da África do Sul.¹⁴⁵

A lei inglesa também estabelece uma série de imunidades como as relativas a Coroa, que foram reduzidas após o *Crown Proceedings Act*, permitindo a sua submissão ao procedimento legal ordinário; ao Parlamento e seus membros; aos participantes do processo, tais como advogados e testemunhas, com relação a suas manifestações no processo; as imunidades dos deficientes mentais, denominadas *statutory immunities*, presentes no *Mental Health Act*.¹⁴⁶

5.3 Contraditório: elemento da paridade de armas e do processo justo

A concepção contemporânea da igualdade, qualificada de material, não se satisfaz com regras formais destinadas a assegurar as partes paridade de tratamento, mas impõe ao juiz o dever de verificar *in concreto* se alguma delas se encontra em posição de inferioridade no acesso aos meios de defesa e de suprir essa eventual deficiência com iniciativas compensatórias para restabelecer o necessário equilíbrio, sem o qual não se pode atingir um resultado justo.¹⁴⁷

Esta postura deve ser orientada pela razoabilidade, tendo como objetivo a paridade de armas entre os litigantes, ou seja, a efetiva chance das partes apresentarem suas pretensões e resistências perante o julgador em posição de igualdade. Para que as partes possam influir eficazmente na formação da decisão judicial, todas elas devem desfrutar das mesmas faculdades e nenhuma delas deve ter mais do que as outras a possibilidade de oferecer alegações, propor e produzir provas.¹⁴⁸

O magistrado, como bem atenta Cândido Rangel Dinamarco, deve participar dos processos sob sua direção, tomando razoáveis iniciativas probatórias, dialogando racionalmente com as partes e dispondo medidas urgentes que evitem a consumação de males irremediáveis e capazes de frustrar o exercício útil da jurisdição.¹⁴⁹

Essa participação deve ser norteada pelo contraditório eficaz. Decorrem dele a necessidade das partes serem adequada e tempestivamente cientificadas da existência do processo e de todos os atos neles praticados, através de comunicações preferencialmente reais; a ampla possibilidade de oferecer alegações e manifestar-se sobre as alegações da outra parte; propor e produzir provas e participar da produção das provas requeridas ou determinadas por outros sujeitos; o direito de manifestar-se previamente sobre todas as questões submetidas à apreciação do juiz, contribuindo assim para que as decisões que se seguirem sejam as melhores possíveis e sempre considerem os interesses e opiniões das partes interessadas; a razoabilidade dos prazos; a fundamentação das decisões; a publicidade e o desenvolvimento de um processo por audiências.¹⁵⁰

O contraditório participativo não se limita a assegurar a marcha dialética do processo e a igualdade formal entre as partes, devendo instaurar diálogo humano entre as partes e o juiz, aproximando o processo do ideal de justiça.¹⁵¹

Deve-se, assim, ser dado a cada parte a oportunidade de ser ouvida, levar ao tribunal a sua visão sobre a demanda, sendo possibilitada a expressão oral.¹⁵²

Leonardo Greco ressalta que para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é

¹⁴⁵ CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. Cit.* p.11-12.

¹⁴⁶ CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. Cit.* p.13-23.

¹⁴⁷ GRECO, Leonardo. A busca ... p. 127.

¹⁴⁸ MAJZOUB, Fabienne Quilleré. *La defense du droit a un process equitable*. Bruxelles: Bruylant. 1999. p.211. GRECO, L. A busca... p.126.

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4 ed. v.1. São Paulo: Malheiros. 2004. p.61.

¹⁵⁰ GRECO, L. A busca... p.121-122. CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. Cit.* p.33..

¹⁵¹ Ibid. p.122. CALAMANDREI, Pierro. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos. 7 ed. São Paulo: Clássica. 1985. p.71.

¹⁵² CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. Cit.* p.33.

articularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de consumo.¹⁵³

As partes devem ter as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas e recorrendo de decisões judiciais.¹⁵⁴ Assim, deve o juiz valorar livremente a prova (art. 131, Código de Processo Civil), não preterindo prova testemunhal em face de documental, pois muitas vezes a parte mais fraca, por força dos óbices educacionais, não se preparou adequadamente para a defesa de seu direito em juízo.¹⁵⁵

Deste poder do juiz valorar livremente a prova, e também de determinar a produção de provas de ofício (art. 130, Código Processo Civil) decorre que para o juiz não existe preclusão quanto à prova. Por isso, se a parte apresenta o rol de testemunhas ou documentos fora do prazo, poderá o juiz determinar de ofício a produção da respectiva prova, se entendê-la importante para formar seu convencimento. Pode também determinar audiência de ofício de qualquer das partes ou de testemunhas referidas, ou a realização de perícias ou de inspeções, embora não requerida pelas partes.¹⁵⁶

Concretamente, a situação de um particular que não é beneficiado pela garantia processual é diretamente afetada pelo fato de outro particular se beneficiar, desde que ambos estejam em situação comparável. As diferenças de tratamento realizadas entre dois indivíduos em um mesmo processo podem ser incompatíveis com a igualdade mesmo quando individualmente o tratamento dado a cada indivíduo respeite a Constituição.¹⁵⁷

Da perspectiva ativa da atuação do juiz decorrem dispositivos legais como o artigo 1.197 do Código Processo Civil que possibilita ao juiz de ofício suspender do exercício de suas funções o tutor ou curador, nomeando-lhe interinamente o substituto; o artigo 33 da Lei 6.830 de 1980, que determina ao juiz que comunique de ofício à repartição da Fazenda Pública a decisão transitada em julgado.

Estes devem ser os métodos norteadores da atividade do juiz ao averiguar a violação da igualdade. Ele deverá, em consonância com o atual momento metodológico do processo civil, intervir não apenas para verificar a existência de um motivo objetivo e razoável, mas também para garantir a paridade de armas.¹⁵⁸ Esta vai significar que toda a parte em um processo deve ter o direito de expor sua causa sem estar em desvantagem em relação ao adversário, em observância ao contraditório.¹⁵⁹

5.4 Direito à prova

O direito à prova não é absoluto, devendo ser observado nos limites em que se revelam necessários aos fins a que se destinam, o que justifica algumas limitações constitucionais e infraconstitucionais¹⁶⁰, como a própria vedação das provas ilícitas, só sendo estas admitidas em caráter excepcional, quando não houver outros meios de prova no processo¹⁶¹. É como instrumento da verdade que a prova cumpre a sua função social de dar segurança às relações

¹⁵³ GRECO, L. Garantias ... *Op. Cit.* p.256.

¹⁵⁴ NERY JÚNIOR, N. *Op. Cit.* p. 188.

¹⁵⁵ CALAMANDREI, P. *Eles os juízes... in verbis*, “Ouve-se repetir que a prova testemunhal é o instrumento típico da má fé processual e que, de testemunhas desmemoriadas, quando não corrompidas, a justiça só pode esperar traição. Talvez seja verdade, mas suspeito que dessa tradicional lamentação contra a fragilidade do testemunho é em grande parte responsável a inaptidão ou a preguiça dos que são chamados a recolhê-lo.”

¹⁵⁶ LACERDA, Galeno. *O juiz e a justiça no Brasil*. In: Revista de Processo. nº 61. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 167.

¹⁵⁷ MARTENET, V. *Op. Cit.* p.550.

¹⁵⁸ *Ibid.* p. 299.

¹⁵⁹ MARTENET, V. p. 497. GRECO, L. Garantias... p. 257.

¹⁶⁰ BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. Cit.* p.22.

¹⁶¹ GRECO, Leonardo. A busca... p.? CINTRA, A. C. De A. *Op. Cit.* p. 12-13. CRETELLA NETO, J. *Op. Cit.* p.327. BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. Cit.* p. 142.

sociais e comerciais, prevenir e evitar litígios e delitos, servir de garantia dos direitos subjetivos e dos diversos *status* jurídicos.¹⁶²

O direito à prova, no Estado Democrático de Direito, não mais se esgota com a sua proposição pela parte, mas se completa com o direito à sua admissão e produção, vedada ao juiz qualquer apreciação desfavorável a respeito da sua relevância antes de conhecê-la, desde que hipoteticamente possa ela contribuir para demonstrar os fatos que ao requerente interessam.¹⁶³

Para Cappelletti, a completa paridade de armas é a efetividade perfeita do acesso à justiça, pois garantiria que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.¹⁶⁴

5.5 Limites a postura ativa do juiz

A atividade instrutória do juiz encontra alguns limites. No direito pátrio o artigo 128 do Código de Processo Civil veda que o juiz conheça feitos não suscitados pelas partes, decidindo a lide nos estritos limites em que foi proposta. O artigo 460 proíbe ao juiz sentenciar a favor do autor, em natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em quantidade superior, ou em objeto diverso daquilo que lhe foi demandado, estabelecendo o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte.¹⁶⁵ O escopo de atuação do direito material também não autoriza a concessão de antecipação de tutela de ofício¹⁶⁶ assim como julgamento *extra* ou *ultra petita*¹⁶⁷. A doutrina e a jurisprudência também têm entendido que o juiz não pode conhecer de ofício a incompetência relativa (Súmula 33 STJ).¹⁶⁸

Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento. E não se trata de atividade meramente supletiva. Deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando trazer para os autos retrato fiel da realidade jurídico-material.¹⁶⁹

As provas ilícitas também limitam os poderes do juiz. Elas só poderão ser objeto de sua cognição se não existir outro meio de prova idôneo a comprovação do direito alegado pelo autor. Decorre que por vezes prevalece o direito de acesso à justiça do autor (art. 5º, XXXV, Constituição) em face da garantia individual da vedação das provas ilícitas no processo civil (art. 5º, LVI, Constituição).

A busca pela paridade de armas não autoriza julgamentos *contra legem*, pois estes são relevantes fatores de instabilidade social, comprometendo a segurança jurídica e os demais escopos do processo civil. As matrizes constitucionais do processo civil brasileiro apontam-no como um sistema em que prepondera a legalidade, estando o juiz adstrito ao que dispõe a lei e garante a Constituição, não lhe sendo lícito privar as partes dos meios processuais institucionalizados no direito positivo.¹⁷⁰

Não é vedado ao magistrado verificar se o poder estatal de criar distinções entre diferentes situações, notavelmente sobre grupos sociais, reintroduz privilégios ou cria distinções injustificadas.¹⁷¹ Eficaz será neste sentido o controle de constitucionalidade incidental (art. 480 a 482 do Código de Processo Civil) e concentrado (art. 102, I, a, Constituição; Lei 9868/99 e 9882/99), visando afastar a aplicação da legislação inconstitucional e coibir o arbítrio estatal.

¹⁶² GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Estudos de Direito Processual*. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p.387.

¹⁶³ GRECO, Leonardo. A busca... p.124.

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.15.

¹⁶⁵ CRETELLA NETO, J. *Op. Cit.* p.222

¹⁶⁶ DINAMARCO, C. *Instituições...* p. 163

¹⁶⁷ BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. Cit.* p. 130.

¹⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? In: *Revista Forense*. v. 312. Rio de Janeiro: Forense. 1990. p.26

¹⁶⁹ BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. Cit.* p.94.

¹⁷⁰ *Ibid.* p.11. DINAMARCO, C. *Instituições...* p.182.

¹⁷¹ PELLISSIER, G. *Op. Cit.* 29.

O controle do respeito destes limites pelo juiz se exerce pela publicidade dos atos processuais, que é o único instrumento eficaz do controle da exação dos juízes no cumprimento dos seus deveres e do respeito à dignidade humana das partes.¹⁷²

5.6 A Imparcialidade do juiz: óbice ao comportamento ativo?

A igualdade entre as partes em juízo inclui o julgamento por um juiz imparcial, ou seja, um juiz equidistante das partes e dos interesses a eles submetidos. Esse magistrado vai examinar a postulação que lhe foi dirigida no intuito exclusivo de proteger o interesse de quem tiver razão. A imparcialidade importa em determinar realisticamente o que vai comprometer o interesse do juiz, sendo ele desqualificado quando for parte litigante, tiver interesse financeiro ou qualquer outro no resultado final do processo.¹⁷³

Richard Clayton e Hugh Tomlinson afirmam que a imparcialidade deve se submeter a dois testes, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro constituiria na determinação das garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima quanto a sua observância e o segundo é a base da convicção particular de um determinado juiz. Deve prevalecer a máxima “Justiça é não apenas para ser feita, mas para ser vista sendo feita”. A confiança nos tribunais, em uma sociedade democrática, deve inspirar os cidadãos.¹⁷⁴

Essa atuação ativa do magistrado não afasta a sua imparcialidade, apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material atuem corretamente no caso concreto. O que deve ser relevante para o juiz é que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cujo bem da vida esteja protegido pelo direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.¹⁷⁵

A observância da imparcialidade do magistrado poderá se dar através do respeito ao contraditório e da publicidade das decisões.¹⁷⁶ O contraditório, corolário da proclamação política da participação democrática, não deve apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, devendo o juiz também passar a integrar este princípio, assegurando às partes a possibilidade de influenciar eficazmente as decisões judiciais.¹⁷⁷

Julgadores passivos acentuam a distância existente entre os litigantes eventuais e habituais, desfrutando estes de vantagens óbvias ao propor ou defender demandas, na medida em que seus recursos financeiros permitem apresentar argumentos de maneira mais eficiente, além de poder suportar a duração do litígio.¹⁷⁸ A presença do juiz ativo se torna essencial nas causas em que uma das partes litiga sem advogado, tal como nas causas até 20 salários mínimos nos juizados especiais cíveis (art. 9, Lei 9.099/95), pois litigantes com baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos de modo eficiente, sendo mais prejudicados do que beneficiados pela possibilidade de pleitear o provimento jurisdicional sem a assistência de advogado.¹⁷⁹

¹⁷² GRECO, L. *Garantias...* p. 266. CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. Cit.* p.35. *Ipsis litteris*: “Open justice promotes the rule of law. Citizens of all ranks in a democracy must be subject to transparent legal restraint, especially those holding judicial or executive offices. Publicity whether in the courts, the press or both, is a powerful deterrent to abuse of power and improper behaviour.”

¹⁷³ CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. Cit.* p.30. GRECO, L. *Garantias...* p.231.

¹⁷⁴ CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. Cit.* p.109

¹⁷⁵ BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. Cit.* p.108. CALAMANDREI, P. *Eles, os juízes...* p.97.

¹⁷⁶ BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. Cit.* p.113. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. vol IV. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 04.

¹⁷⁷ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 1 ed.2005. p. 544.

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.21.

¹⁷⁹ Ibid. p.29. TOCQUEVILLE, A. *Op. Cit.* p. 196.

6. Conclusão

Ao fim deste breve estudo sobre a igualdade no processo civil se verifica a importância da transição de uma perspectiva formal da igualdade para a material. Contudo, esta afirmação deve ser vista com objetividade, e não apenas como uma proclamação política, devendo o processualista estar atento para a comparabilidade entre situações, a justificação pelas autoridades, a observância da vedação da discriminação e o controle das diferenças.

Pode-se concluir que os óbices à igualdade em juízo não são apenas jurídicos, estendendo-se aos econômicos, culturais e educacionais. Existem uma multiplicidade de eixos, especialmente na sociedade brasileira, que condicionam o desempenho das partes em juízo, ou até mesmo inibem a propositura da demanda.

É desta constatação, e também da afirmação política presente na Constituição brasileira, que se surge a igualdade como um direito fundamental, que legitima as decisões judiciais e o próprio exercício do poder pelo Estado. Sua projeção no processo civil se dá através da paridade de armas, que é integrada por inúmeras garantias, tais como o contraditório, a publicidade, imparcialidade e o acesso à justiça.

Chegou-se a conclusão de que a igualdade só será efetiva se também o forem estas garantias, que garantem a participação de todos os interessados no feito, o controle democrático das decisões e a própria apreciação do conflito entre particulares pelos tribunais.

Para que isto se torne realidade é necessário o abandono de antigos dogmas, na medida em que a efetiva paridade de armas requer uma postura ativa do julgador, que possa suprir as deficiências da parte mais fraca, preocupando-se com a justiça de suas decisões e com a atuação correta do direito material.

Referências

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*. 1. ed. Coimbra: Almedina. 1993.

ALEMANHA. Constituição (1949). <http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf> Acesso em 08 de jun. de 2007.

AFRICA DO SUL. Constituição (1996). 4 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>. Acesso em: 07 fev. 2007

BAJER DOS SANTOS, Paula. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? *Revista Forense*. v. 312. Rio de Janeiro: Forense. 1990.

_____. Uma Novidade: O código de processo civil inglês. *Revista de Direito Renovar*. nº 15. 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

BITTENCOURT, Pedro Calmon Muniz de. *Curso de Direito Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2004

CALAMANDREI, Pierro. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos. 7. ed. São Paulo: Clássica. 1985.

- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller. 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*. nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. Trad. Ellen Gracie Northfleet. 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. vol IV. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- CLAYTON, Richard; TOMLINSON, Hugh. *Fair Trial Rights*. Oxford: Oxford University Press. 2001.
- COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal*. 2. ed. Buenos Aires: DePalma. 1978.
- CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS E PROTOCOLOS ADICIONAIS (2003). <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>>. Acessado em 08 de jun. de 2007.
- CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais Malandros e Heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco. 1997.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law. In: *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense. 1953.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.
- FINOTTI SILVA, Nelson. Paridade de armas no Processo Civil. In: *Revista Jurídica*. n.327. 2005.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Trad.: Luciana Carli. São Paulo: Nova Cultural. 3. ed. 1988.
- GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GRECO, Leonardo. O princípio do Contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. 1. ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- _____. O Acesso ao Direito e à Justiça. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 1. ed., 2005.
- _____. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. 1. ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- _____. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. nº 9.
- _____. O conceito de prova. In: *Estudos de Direito Processual*. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Garantias Fundamentais do Processo: O processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. 1. ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos.

GUINCHARD, Serge. BANDRAC, Monique. DOUCHY, Mélina. FERRAND, Frédérique. LAGARDE, Xavier. MAGNIER, Véronique. FABRI, Hélène Ruiz. SINOPOLI, Laurence. SOREL, Jean-Marc. *Droit processuel- Droit commun et droit compare du procès*. 2 ed. Paris: Dalloz. 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

INGLATERRA. *Legal Aid Act* (1983). <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga19880034_en_1.htm>. Acessado em 8 de junho de 2007.

INGLATERRA. *Human Rights Act* (1998). <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/19980042.htm>> . Acessado em 8 de junho de 2007.

INGLATERRA. *Mental Capacity Act* (2005).<<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050009.htm>>. Acessado em 8 de junho de 2007.

JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1957.

JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego*. 4. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003.

JOUANJAN, O. *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemande*. Paris: Econômica, 1992.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. In: *Revista de Processo*. nº 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento Paritário das Partes. In: BEDAQUE; José Roberto dos Santos (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MALBERG, Raymond Carré de. *La Loi, expression de la volonté générale*. Paris: Econômica, 1984.

MAJZOUB, Fabienne Quilleré. *La defense du droit a un process equitable*. Bruxelles: Bruylant, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual em homenagem ao professor Egas Muniz de Aragão*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Zurich-Bâle-Genève:Schulthess, 2003.

MAZIÉRE, Pierre. *Le principe d'égalité en droit privé*. Marseille: Presses Universitaires d'aix – Marseille, 2003.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PACTO INTERNACIONAL REFERENTE AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). <http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_103_2/a26.html>. Acessado em 08 de jun. de 2007.

PELLISSIER, Gilles. *Le principe d'égalité en droit public*. Paris: L.G.D.J.

ROUANET, Luiz Paulo. Igualdade Complexa e igualdade de renda no Brasil. In: MERLE, Jean Christophe. MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo, Landy. 2003.

SUIÇA. Constituição (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em: 07 fev. 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: Sentimentos e Opiniões*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito especialmente do direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.